

《判例研究》

不実の登記を信頼して不動産を取得した第三者に
民法94条2項、110条が類推適用された事例庄 菊 博
杉 江 隆 司

平成18年2月23日最高裁第一小法廷判決（平成15年（受）第1103号所有権移転登記抹消登記手続請求事件）民集60巻2号546頁——上告棄却

【判決要旨】 不動産の所有者であるXから当該不動産の賃貸に係る事務や他の土地の所有権移転登記手続を任せられていたAが、Xから交付を受けた当該不動産の登記済証、印鑑登録証明書等を利用して当該不動産につきAへの不実の所有権移転登記を了した場合において、Xが、合理的な理由なく上記登記済証を数か月間にわたってAに預けたままにし、Aの言うままに上記印鑑登録証明書を交付した上、AがXの面前で登記申請書にXの実印を押捺したのにその内容を確認したり用途を問いただしたりすることなく漫然とこれを見ていたりしたなど判示の事情の下では、Xには、不実の所有権移転登記がされたことについて自らこれに積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い帰責性があり、Xは、民法94条2項、110条の類推適用により、Aから当該不動産を買い受けた善意無過失のYに対し、Aが当該不動産の所有権を取得していないことを主張することができない。

【事実の概要】

- (1) Xは、平成7年3月にその所有する土地を大分県土地開発公社の仲介により日本道路公団に売却した際、同公社の職員であるAと知り合った。
- (2) Xは、平成8年1月11日頃、Aの紹介により、Bから大分市の土地・建物（以下、これらを併せて「本件不動産」という。）を代金7300万円で買い受

け、同月25日、BからXへの所有権移転登記がなされた。

- (3) Xは、Aに対し、本件不動産を第三者に賃貸するよう取り計らってほしいと依頼し、平成8年2月、Aに言われるままに、本件不動産の管理を業者に委託するための諸経費の名目でAに240万円を交付した。Xは、Aの紹介により、同年7月以降、本件不動産を第三者に賃貸したが、その際の賃借人との交渉、賃貸借契約書の作成及び敷金等の授受は、すべてAを介して行われた。

- (4) Xは、平成11年9月21日、Aから、上記240万円を返還する手続きをするので本件不動産の登記済証を預からせてほしいと言われ、これをAに預けた。

また、Xは、以前に購入しXへの所有権移転登記がなされないままになっていた大分市にある本件不動産とは異なるA所有の土地についても、Aに対し、所有権移転登記手続及び隣接地との合筆登記手続を依頼していたが、Aからこの土地の登記手続に必要であると言われ、平成11年11月30日及び平成12年1月28日の2回にわたり、Xの印鑑登録証明書各2通（合計4通）をAに交付した。

なお、XがAに本件不動産を代金4300万円で売り渡す旨の平成11年11月7日付け売買契約書（以下「本件売買契約書」という。）が存在する。しかし、これは、時期は明らかでないものの、Xが、その内容及び用途を確認することなく、本件不動産を売却する意思がないのにAから言われるままに署名押印して作成したものである。

- (5) Xは、平成12年2月1日、Aから大分市にある本件不動産とは異なるA所有の土地の登記手続に必要であると言われて実印を渡し、Aがその場で所持していた本件不動産の登記申請書に押印するのを漫然と見ていた。Aは、Xから預かっていた本件不動産の登記済証及び印鑑登録証明書並びに上記登記申請書を用いて、同日、本件不動産につき、XからAに対する同年1月31日売買を原因とする所有権移転登記手続をした（以下、この登記を「本件登記」という）。

- (6) Aは、平成12年3月23日、Yとの間で、本件不動産を代金3500万円で売り渡す旨の契約を締結し、これに基づき、同年4月5日、AからYへの所有権移転登記がなされた。Yは、本件登記等からAが本件不動産の所有者で

あると信じ、かつ、そのように信ずることについて過失がなかった。

- (7) そこで、XがYに対して、本件不動産の所有権を有するものとして、AからYへの所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。
- (8) 第一審・原審ともに、Xは、Aに対して、本件不動産の賃貸に係る代理権ないし権限（民法110条の基本代理権）を授与しており、Yは、本件不動産がAの所有と信じ、かつそのように信ずるにつき正当の理由があったために民法110条の類推適用により保護されると判断し、Xの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

【上告理由】 原判決が、本件事案に民法110条を類推適用した点について

- (1) 本件は、通常の代理形式による取引とは異なり、Aが勝手に自己名義にした本件不動産を、さらに相手方（Y）に売却した場合であり、本人（X）の表示はAから相手方への売却の際にはなされていない。
- (2) 原判決は、上記の如き本件事案について、一方で、第三者（Y）の側からみると、第三者が信頼したのは代理権の存在ではなく不実の登記等であるから、民法94条2項の類推適用が検討されるべき事案としつつ、他方で、本人の側からみると、不実の外形が作出される基礎となった事情は、虚偽の外形の積極的形成ないしその放置ではなく、基本代理権の授与及び代理人の権限踰越の事情であるから、民法110条の類推適用が検討されるべき事案とし、結局、権限のある者の処分行為であることを信頼して取引をした第三者の保護を図る民法110条のみを検討している。しかし、本件のように、代理人（A）が勝手に自己名義にした不動産を売却した場合に民法110条の類推適用を検討するとすれば、登記に公信力を認めない民法の原則に反し、静的安全を著しく害するおそれがある。
- (3) 不実の登記を信頼して不動産を購入した第三者の保護は、民法94条2項が類推適用される場合にのみ民法110条の類推適用がなされるべきであり、本件においては民法94条2項と110条の併用がなされるべきであるのに、民法94条2項の類推適用の可否を検討しないまま、民法110条の類推適用のみを行っている。
- (4) 原判決は、最高裁昭和44年12月19日第二小法廷判決（民集23巻12号2539頁）を引用して、本件に民法110条が類推適用されることの補正理由としている

が、上記最高裁判例は、代理人が直接本人の名において権限外の行為をした事案についてのものであり、不実の登記等が存する場合でないため94条2項の類推適用が検討される余地はないが、本件は第三者が代理権の存在を信じたのではなく不実の登記等を信じた事案であり、本件の場合とは全く事案を異にする判例である。

【判決理由】「Aが本件不動産の登記済証、上告人(X)の印鑑登録証明書及びXを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは……(中略)……上告人(X)の余りにも不注意な行為によるものであり、Aによって虚偽の外観(不実の登記)が作出されたことについての上告人(X)の帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。そして、前記確定事実によれば、被上告人(Y)は、Aが所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信じることにについて過失がなかったというのであるから、民法94条2項、110条の類推適用により、上告人(X)は、Aが本件不動産の所有権を取得していないことを被上告人(Y)に対し主張することができないものと解するのが相当である」とし、裁判官全員一致の意見でXの請求を棄却した原審の判断を結論において正当であるとした。

(裁判長裁判官 島田仁郎 裁判官 横尾和子 裁判官 甲斐中辰夫 裁判官 泉 徳治 裁判官 才口千晴)

【参照条文】民法94条2項、同110条

【検討】

- 1 わが国において登記の公信力は認められていない。しかし、判例は、不動産所有権が移転していないのに、移転しているかのような外形(登記)が作出されている場合に、一定の条件の下で、真実の権利者は、その外形を信頼して取引関係に入った第三者に対して、外形が真実の権利を伴わないものであることを主張することはできないとした(このことを最初に認めた判例として、最判昭29・8・20民集8・8・1505が挙げられる)。そして判例は、権利者自身が外形を作り出したり(外形自己作出型)、他人が外形を作り出したのであってもそれを権利

者が承認したりした場合（外形他人作出型）のように、真実の権利者の意思と第三者の信頼の基礎となった外形とが対応する場合（意思外形対応型）と、両者が対応を欠く場合、すなわち、外形が意思を逸脱する場合（意思外形非対応型）とで、異なった扱いをしている（判例による虚偽の外形作出に対する取引安全保障の類型に関する記述につき、四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第7版〕』法律学講座双書（弘文堂、2005年）184・185頁を参考にした）。以下、判例の態度を三つの類型に分類し、見ていくこととする。

- (1) 第一の類型は、外形自己作出型である。これは、不実の登記が、真正権利者の直接の関与による虚偽の登記原因によって積極的に経由されたという場合である。この類型の典型的な例として、建物を新築したAがB名義で建物保存登記をしたところ、Bが勝手にCに処分し、CはBが権利者であると信頼し譲り受けたという場合が挙げられる（これは、最判昭41・3・18民集20・3・451の事例である。このほか、第一類型に属する判例として、前出最判昭29・8・20、最判昭37・9・14民集16・9・1935、最判昭44・5・27民集23・6・998、最判昭45・7・24民集24・7・1116等がある）。この例においてCは、94条2項の類推適用により保護される。この場合、たしかにAがBの名義を用いたというのみで、Bは登記に積極的に関与しておらず、Aと通謀していたわけではないために、94条の通謀虚偽表示に直接該当するわけではない。しかし、Aが虚偽の外形を作出し、それを第三者が信頼したという点においては同条2項が保護しようとする利益状況と類似することから同条2項が類推適用される。
- (2) 第二の類型は、外形他人作出型である。これは、不実の登記が、真正権利者の関与なくして他人の手によって経由され（他人が権利証や印鑑などを利用して登記名義が移転され）、後に真正権利者の消極的な関与（不実登記の承認）の下に存続した場合である。この類型の典型的な例として、Aの不動産登記をBが勝手に自己名義に移したのを知りながら、Aは数年余にわたって放置し、その間、Aの債務を担保するためにB名義のままその不動産に抵当権を設定したという場合が挙げられる（これは、最判昭45・9・22民集24・10・1424の事例である。このほか、第二類型に属する判例として、最判昭45・4・16民集24・4・266、最判昭48・6・28民集27・6・724等がある）。この場合には、Aの「（明示または黙示の）承認」がなされており、その後のBからの善意の譲受人Cに対して94条2項が類推適用され、Aは所有権移転を否定することはでき

ない。

- (3) 第三の類型は、意思外形非対応型である。これは、真正権利者が承認した外形が作出された後、外形の名義人の背信行為で新たな外形が作出され、これを信賴して第三者が取引関係に加わる場合である。このタイプの典型的な例として、Bの信用を外観上増大させる目的で、Aの不動産についてBに売買予約の仮登記を与えたところ、BがAの印鑑を無断使用して本登記に改めて、Cに処分したという場合が挙げられる（これは、最判昭43・10・17民集22・10・2188の事例である。なお、第三類型に属する判例については、後述2(1)に掲げる）。この場合には、BがAに無断で行った本登記という新たな外形について、権利者Aの承諾がないのであるから、前述の意思外形対応型と同じ論理で権利者Aに責任を負わせることはできない。そこで判例は、「94条2項、110条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請」から、善意・無過失の第三者を保護する。ここで、判例が110条を用いているのは、本人が代理人に与えた基本代理権の範囲を越えて代理行為がなされた場合に類似するからである。

- 2 ところで、本件は不実の所有権移転登記がなされたことにつき所有者に自らこれに積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い帰責性があるとして94条2項、110条を類推適用して第三者を保護していることから、これまで判例によって示されてきた第三類型に属する事例であると位置付けることができるのか否かが問題となる。

- (1) まず、これまで最高裁判決において94条2項と110条が併用された事例を整理しておきたい（ここでの判例の整理に関しては、川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(3)』369-379頁〔稲本洋之助〕（有斐閣、2003年）を参考にした。ただし、近時の判例については網羅的ではない）。

① 最判昭43・10・17（民集22・10・2188）

事案は、不動産について売買予約を仮装し、これを原因として仮登記がなされた場合に仮登記名義人が勝手に登記に必要な書類等を整えて、仮装の本登記手続を行い、第三者に対して売買を原因とする所有権移転登記が順次行われたというものである。

最高裁は、「不動産について売買の予約がなされていないのかかわらず、相通じて、その予約を仮装して所有権移転登記請求権保全の仮登記手

続をした場合、外観上の仮登記権利者がこのような仮登記があるのを奇貨として、ほしいままに売買を原因とする所有権移転の本登記手続をしたとしても、この外観上の仮登記権利者は、その本登記の無効をもって善意無過失の第三者に対抗できないと解すべきである。けれど、このような場合、仮登記の外観を仮装した者がその外観に基づいてされた本登記を信頼した善意無過失の第三者に対して、責に帰すべきことは、民法94条2項、同法110条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請というべきだからである」という判断を示した。

② 最判昭45・6・2（民集24・6・465）

事案は、営業資金を得るために甲と乙が通謀して甲所有の不動産につき売買を仮装し、甲から乙への所有権移転登記を経由したところ、丙が乙に別の融資話をもちかけ、乙から登記に必要な書類等を預かって、所有権移転登記を了し、丙がさらに第三者に売却したというものである。

最高裁は、「乙に対し所有権移転登記の外観を仮装した甲は、乙から右登記名義を取り戻さないかぎり、さらに乙の意思に基づいて登記済証・登記委任状・印鑑証明書等が丙に交付され、これらの書類により丙のため經由された所有権取得登記を信頼した善意無過失の第三者に対して責に任ずべきものといわなければならない。それは民法94条2項、同法110条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請に応ずるゆえんだからである（最高裁判所昭和41年（オ）第238号、同43年10月17日第一小法廷判決、民集22卷10号2188頁参照）」と①判決と同様の判断を下した。

また、この最高裁判決とは別の最判昭52・12・8（判時879・90）は、前掲②の昭和45年判決を引用し、組合所有の不動産を理事名義に登記することを承諾した組合員が組合から右不動産を譲り受けて単独で所有するに至った後も理事名義のままにしておいた場合においても、不実の登記をしたときは、名義人から登記名義を取り戻さない限り、民法94条2項、110条の法意に照らし善意無過失の第三者に対抗できないという判断を下した。

③ 最判昭45・11・19（民集24・12・1916）

事案は、YがAから本件宅地を買い受け、その所有権を保全するための仮登記手続をAに求めたが、Aは司法書士に借用証書等を作成させ、Yの押印を得て（Yは所有権保全の仮登記に必要な書類だと思って押印し

た。), 本件宅地に抵当権設定登記, 停止条件付代物弁済契約予約の仮登記をした場合に, その後, 本件宅地がAからB, BからXに順次譲渡され, Xが所有権移転登記を得たというものである。

最高裁は, 前掲①の昭和43年判決を引用し, 「ところで, ①不動産について売買の予約がされていないのかかわらず, 相通じて, その予約を仮装して所有権移転請求権保全の仮登記手続をした場合において, …… (中略) …… (最高裁判所昭和41年 (オ) 第238号・昭和43年10月17日第一小法廷判決・民集22巻10号2188頁), また, ②貸金債権担保のため, 不動産に抵当権設定と停止条件付代物弁済契約とが併用されているときは, 特別の事情のないかぎり, 右の停止条件付代物弁済契約を清算型担保契約と解すべきであることは, 当裁判所の判例とするところである (最高裁判所昭和40年 (オ) 第1469号・昭和38年12月16日第一小法廷判決・民集21巻9号2430頁)。…… (中略) ……したがって, Yが本件宅地について有する権利がかりに抵当権およびこれと併用された停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権であるとすれば, Yは, Xの適法な弁済供託により, Xに対し抵当債権を有しないことになり, 抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を抹消しなければならないことは明らかである。ところで, 本件においては, Yは, 登記の記載上抵当権設定登記および所有権移転登記請求権保全の仮登記を有する者であるが, 真実はAから所有権を取得した所有者であり, その所有権の保全のために仮登記手続をすべきところを…… (中略) ……登記手続を委任された司法書士が抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記手続をしたものであることは, 前記のとおりである。したがって, 右抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転登記請求権保全の仮登記はYの意思に基づくものというべきである。そうとすれば, 前記①の判例の趣旨からみて, Yは, 善意無過失の第三者に対し, 右登記が実体法上の権利関係と相違し, Yが仮登記を経た所有者であり, 抵当権者ないし停止条件付代物弁済契約上の権利者ではないと主張しえないものというべきである。その結果, 右のような第三者がYを抵当権者ないし停止条件付代物弁済契約上の権利者として取り扱うときは, 前記②判決の趣旨に徴し, Yはその第三者に対して担保権者でない旨を主張することがで

きず、ひいて第三者は、登記にかかるAの債務の弁済供託をして、Yに
対し抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記の抹消を求める
ことができると解すべきである」という判断を下した。

④ 最判昭47・11・28（民集26・9・1715）

事案は、本件土地につき、Xは登記原因がないにもかかわらず、これを
仮装し、仮登記手続をするつもりでBの提示した書類に署名押印等をし
たところ、Bが書類をほしのままに使用して自己名義に所有権移転登記手
続をして、Xに譲渡したというものである。

最高裁は、「本件土地につきYの意図した仮登記手続こそされなかった
が、Yにおいて仮登記の外観を仮装しようとし、そのことによって本件土
地につき亡Bを権利者とする所有権移転登記手続がされる結果が生じた
のであるから、このような場合には、民法94条2項、同法110条の法意に
照らして、第三者であるYにおいて、本件土地……（中略）……につき、
……（中略）……亡Bと……（中略）……所有権取得契約をし、しかも、
該契約をするにつき善意・無過失であるならば、Yは、亡Bの所有権取
得の無効をもってXらに対抗し得ないものと解するのが相当である……
（中略）……」という判断を下した。

⑤ 最判平12・12・19（判時1737・35）

事案は、Xの夫Aが本件土地を賃借し、その上に建物を建築し、その
建物をB名義で課税台帳に登録していたところ、Bが勝手に自己名義で
所有権保存登記をして、Cに売買を原因とする所有権移転登記がなされ、
その後、Dを権利者とする根抵当権設定登記がなされ、Dが根抵当権を
実行し、Yが本件建物を買い受けた。他方、AはXに対して本件土地の賃
借権を贈与したというものである。

最高裁は、「原审の確定した事実及び記録にあらわれた本件訴訟の経過
に照らすと、B及びCは本件土地に賃借権を有するものではなく、本件
建物はそのことを前提にして競売されたものであることがうかがわれるの
であって、Yは、Cが本件建物について設定した根抵当権に基づく不動産
競売手続において、本件建物の所有権とともに本件土地の賃借権を取得す
るに由ないものといわなければならない。他方、前記事実によれば、Aは右
賃借権をXに贈与したというのであり、Y側において、本件土地の賃借権

について、民法94条2項、110条の法意により保護されるべき事情が存することはうかがわれない」という判断を下した。

⑥ 最判平15・6・13（判時1831・99）

事案は、Xが、その所有する土地建物につき、所有権移転登記手続を売買代金の支払いを受けるのと引換えとするとの約定で不動産業者Y1との間で売買契約を締結したが、代金完済前に、Y1の代表者から移転登記をする準備として地目変更が必要であるなどと言葉巧みに告げられ、言われるままに、Y1に白紙委任状、登記済証、印鑑登録証明書等を交付したところ、Xが知らない間に、Y1によって、この土地建物につきY1への所有権移転登記（登記名義は、Y1の代表者にある。）がなされ、さらに、その後、短期間のうちに、Y1からY2、Y2からY3への各売買を原因とする順次の所有権移転登記がなされた。そこで、Xが、土地建物の所有権に基づき、Y1、Y2およびY3に対して、所有権移転登記の各抹消登記手続を訴求したというものである。

一審は、XのY1に対する請求を認めたが、Y2、Y3に対する請求については、Xは、不動産取引、不動産登記手続において重要な登記済証、白紙委任状、印鑑登録証明書を容易にY1代表者に交付していること、事前にY1への所有権移転登記がなされる危険性があることを予測でき、Y1代表者にこれを問いただすことが十分にでき、そうすることによって、XからY1への不実の登記がなされることを防止することは十分可能であったこと、以上によれば、Xには落ち度があったものであり、その後に取引を行った者との関係では、Xに帰責事由があったものと評価せざるを得ないとして、Y1が本件の土地建物の所有権を取得していないことについて善意・無過失であったY2、Y3に対し、Xは、民法94条2項、110条の類推適用により、所有権移転登記の抹消登記手続を求めることはできないとした。XからY2、Y3に対して控訴がなされたが、原審も、第一審と同様に解してXの控訴を棄却したため、Xが上告。

Xの上告理由は概略以下のとおりである。XはY1によってなされた土地建物の所有権移転登記の存在を認識しておらず、外形に対する承認がないこと、XがY1に対して交付した委任状・登記済証等は新たな私法上の法律関係を形成する旨の認識に基づくものではないことに照らせば、Xは

民法94条2項・110条の類推適用に必要な帰責事由に欠けている。帰責事由の認定に際しては、不動産取引の知識に乏しい一般市民を過度に犠牲にすることなく慎重に判断すべきであり、本件でXに不実登記の防止と速やかな回復を求めることはできないというべきである。

最高裁は、「Xは、工業高校を卒業し、技術職として会社に勤務しており、これまで不動産取引の経験のない者であり、不動産売買等を業とするY1の代表者からの言葉巧みな申し入れを信じ、同人に……（中略）……白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、Xには、本件土地建物につき虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する意図は全くなかったこと、Xが本件（Y1への所有権移転）登記がされている事実を知ったのは5月26日ころであり、Yらが本件建物の各売買契約を行った時点において、Xが本件（Y1への所有権移転）登記を承認していたものでないことはもちろん、同登記の存在を知りながらこれを放置していたものでもないこと、Y1の代表者は、白紙委任状や登記済証等を交付したことなどから不安を抱いたXやその妻からの度重なる問い合わせに対し、言葉巧みな説明をして言い逃れをしていたもので、XがAに対して本件土地建物の所有権移転登記がされる危険性について問いただし、そのような登記がされることを防止するのは困難であったことなどの事情をうかがうことができる。……（中略）……Xは、本件土地建物の虚偽の権利の帰属を示す外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、本件第一登記（Y1への所有権移転登記）を放置していたとみることもできないのであって、民法94条2項、110条の法意に照らしてもY1に本件土地建物の所有権が移転していないことをY2・Y3に対抗し得ないとする事情はないというべきである。そうすると、上記の点について十分に審理をすることなく、上記各条の類推適用を肯定した原審の判断には、審理不尽の違法があるといわざるを得ず、論旨はこの趣旨をいうものとして理由がある」という判断を下した。

本件において、Xには、Y1の作出した虚偽の外観の放置さえなかった事例であり、また、権利の帰属を示す外観の作出について積極的な関与がなかったとされ、民法94条、110条の法意によったとしても、Xが第三者に対抗し得なくなるものではないとされたのである。本件は、94条2

項、110条の法意を適用する上での限界を示す事例として位置付けられている。

- (2) つぎに、平成18年2月23日判決の示した判断が、これまで示されてきた第三類型に該当するのか否かについて検討する。第一に、本件において、XはAに対し本件不動産を第三者に賃貸するよう取り計らってほしいと依頼し、業者に不動産を管理するための諸経費をAに交付している。また、Aの紹介により本件不動産を第三者に賃貸し、その際の賃借人との交渉、賃貸借契約書の作成および敷金等の授受については、すべてAを介して行われていたという事情から、XはAに対し本件不動産の賃貸に係る権限ないし代理権を授与していたものと解される。これまでの判例においては、このような権限ないし代理権の授与はなされておらず、この点が本件の大きな特徴であるとみられる。本件の第一審・原審において、110条の類推適用のみが検討されたのもこうした事情に由来するものであろう。

第二に、XはAの指示の下、本件不動産とは異なるX所有不動産の登記済証、印鑑登録証明書を交付し、そして、AにX所有不動産を売却する意思がないにもかかわらず、売買契約書に署名押印している。たしかに、この事情をこれまで最高裁判例において示されてきた第三類型における第一の虚偽の外形が作出されたと見ることもできる。しかし、XがAと通謀して虚偽の外形を作出したとまでいえるか疑わしい事情がある。つまり、そもそもXは本件不動産の管理を委託するために必要な諸経費の返還をするためにAに登記済証を預けたのであり、印鑑登録証明書もAに本件不動産とは異なるX所有不動産の所有権移転登記手続および隣接地との合筆登記に必要であるといわれ交付したものである。XがAに対する虚偽の外形を作出したと評価し得るのは、Xには売却の意思がないのに、Aが作成した本件不動産の売買契約書にその内容および用途を確認することなく、署名押印した点であらう。この事情については評価の分かれるところであらうが、Aは大部分県土地開発公社の職員であり、XはAを信頼し、Aの指示どおりに行動した結果、本件売買契約書が作成されている経緯からすると、これまでの第三類型に属する事実とは様相を異にするものともいえよう。しかし、本判例はXの本件売買契約書に対する内容および用途を確認せずに、Aの言うままに署名押印し、Aに処分されかねない状況を作成しているとして、Aの帰責性を

重く捉えているのである。そして、XがAの要請により実印を渡し、Aの用意した登記申請書に押印し、XからAへの売買を原因とする所有権移転登記手続によって、不実の登記がなされ、AからYに不動産は売却された。この一連の事情によって、第三類型における新たな（第二の）外形が作出されたとみられる。本判例は、この不実の登記が作出される過程においてXがAによる登記申請書に押印するのを漫然と見ていたという事情からXの帰責性を重く捉えたのであろう。以上を総合すると、確かに、第一の虚偽の外形、新たな虚偽の外形の作出があったと見ることもでき、本人（X）の関与も重いとみられなくもない。しかし、従来の第三類型においては、とりわけ、第一の虚偽の外形につき本件のようにXとAとの信頼関係に基づいて行った行為がその結果としてAのほしきままに作出された事例であったかはなお疑問が残る。本人（X）は、虚偽の外形を積極的に作出する意図を有しているわけではなく、Aを信頼し、その指示どおりに行動した結果、虚偽の外形を作出してしまったのではないだろうか。したがって、これまでの第三類型と類似するが、その内実は、異なるものとみるべきであろう。

第三に、こうしてみると、諸般の事情を総合的に考察し、本人には不動産の虚偽の権利帰属を示す外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、不実の登記を放置していたとみることもできないとして、94条2項、110条の法意に照らしても本人が第三者に対抗できない事情はないとした上述の平成15年6月13日判決（以下「平成15年判決」という。）と比較してみる必要があるものと解される。平成15年判決は、本人が地目変更のために必要だといわれ、白紙委任状、登記済証、印鑑登録証明書等を不動産業者の代表者に交付している。その後、本人の知らない間に、不動産業者にこの不動産について移転登記がなされ、順次売却されたという事案である。これらについては、本件も同様の事案であると解することができる。問題は、ここでの背景事情であろう。平成15年判決において、本人は、不動産取引の経験がないのに対し、虚偽の外形を作出したのは、不動産業者であった。本件もこれに類似する事例とみてよいのではないかと考えられる。そして、平成15年判決においては、本人に虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する意図は全くなかったとされている。本件において、このような意図があったかは不明であるが、事実の概要から判断する限り、少なくとも意図があったと断じるこ

とはできないであろう。平成15年判決では、不実登記に関し、本人が承認していたものでもなく、その存在を知りながら放置したというでもないとされている。そのうえ、本人およびその妻が、不動産業者の代表者に度重なる問い合わせをしたにもかかわらず、代表者は言葉巧みに言い逃れをし、虚偽の所有権移転登記がなされることを防止することは困難な状況にあったと判断されている。本件との違いは、このような相手方に対する問いだしをせずに、内容、用途を確認せずに売買契約書に署名押印し、相手方の言われるままに行動した結果、不実の登記を放置する結果になり、不動産が不当に処分される状況を防止しなかった点にあると解される。

第四に、これまでの第三類型に関する判断には、「94条2項、110条の法意に照らし」という文言が使用されていたのに対し、本件は、94条2項、110条を類推適用している点も指摘し得る。では、法意と類推適用とではいかなる点が異なるのであろうか。この点につき、川井健教授は、条文を類推適用する場合には、条文の要件に従って主張・立証の配分を決定することができるのに対し、法意の場合には、一般条項であって主張・立証の配分が不明であり、訴訟当事者は、この基準の下で具体的に何を主張・立証すればよいのかわからないという点を指摘されておられる（川井健「平15・6・13判批」NBL793号71頁）。本件においては、このような批判を受け入れたのかは不明であるが、94条2項、110条を類推適用している。ただし、本件の第一審・原審において110条の類推適用が検討され、最高裁において不実登記に対する第三者の保護を検討するには、94条2項の類推適用がなされてはじめて、110条の類推適用（併用）がなされるべきであるというXの上告理由を容れ、最高裁において、94条2項、110条の類推適用を検討したという訴訟過程からすると、XがAに自己所有の不動産に係る賃貸に関する事務の取り計らいを依頼し、Aが本件不動産を自己の所有物としてYに売却したという本件における特殊事情から、94条2項、110条の類推適用という結論に至ったのではないかと解し得る。

以上のことから、本件は、従来、判例が示してきた第三類型に該当するものとは言い難いものと解する。本判決は、特殊な事例に基づく判断と考えられるが、権利者（本人）が信頼する仲介者に対し、用途・内容について問いたださず、言われたとおりに不動産に関する書類や印鑑登録証明書を交付し

登記申請書に署名・押印することによって、仲介者が所有権移転登記を経由し、仲介者のほしいうちに処分されかねない状況を放置した場合に、仲介者が善意・無過失の第三者に売却したときには同様の判断がなされるものと解される。また、権利者が仲介者に白紙委任状を交付した場合も登記申請書に実印を押印させることと同様、登記済証・印鑑登録証明書が揃えば、登記申請を可能にすることになるため、本判決の射程が及ぶと捉えることもできそうである（高田淳「本件評釈」 法セ618号115頁。本判決は、登記済証・印鑑登録証等を使途、内容について問いたださなかったこと、および、仲介者がほしいうちに処分されかねない状況を放置したことを本人の帰責事由として重く捉えたのではなからうか）。換言すれば、本人が虚偽の外形の作出を認識しこれに積極的に関与しなくても、相手方によって虚偽の外形が作出されるおそれがあるときは、その外形の作出を防止する必要があると捉えることとなり、本人がこれをしないで放置しているうちに相手方が第三者に売却すると、本人は第三者に自己の権利を主張できなくなることになる。

- 3 学説においても虚偽の外形が作出された場合に94条2項の類推適用（ないし110条の併用）によって動的安全を保護することについては判例の態度を支持している。しかし、学説においては、94条2項が類推適用される際にも第三者の保護要件として善意のみで足りると解するのか、類推適用される場面なのであるから善意のほかに無過失まで要求されると解するのかについては見解が分かれている。

- (1) 第一説として、通謀虚偽表示一般について第三者の保護要件として善意無過失を要求する見解がある（四宮和夫「昭13・3・8判批」判民昭13年度22事件評釈、同『民法総則〔第四版補正版〕』法律学講座双書（弘文堂、1996年）165・166頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』現代法律学全集5（青林書院、第8刷、1993年）257頁）。この説に立脚する四宮和夫教授は、以下のような理由付けをされておられる（四宮和夫・前掲「昭13・3・8判批」、同・前掲書165・166頁）。

第一に、94条2項は一種の表見法理であるが、表見法理の理想からいえば、第三者の信頼を正当とする外部的表象（たとえば、不動産については登記、動産については占有、債権については証書）を信頼した場合にのみ保護を与えれば足りる。ところが、わが国の民法は虚偽表示という意思表示についての善意を要件とするに過ぎない。そこで、表見法理に関して無過失を要求する、

規定（110条、112条・192条など）や判例・学説にならって、善意は無過失に基づくことを要求するものと解し、外部的表象を伴わない意思表示を信じて利害関係に入った場合には過失あるものとして保護を否定することにすべきだからである。

第二に、無過失を要求することによって、虚偽表示の無効を主張する者と第三者とのいずれを保護すべきかを、具体的状況に応じてきめ細かに判断することができるからである。

そして、幾代通教授は、以下のような理由付けをされておられる（幾代通・前掲書257頁）。

第一に、ある関係者（第三者）の純粹に具体的・個別的な心理状態という、きわめて偶然的な条件のみに法的処理の結論を左右させることは基本的に妥当でないからである。

第二に、94条2項で保護されるためには第三者は登記その他の対抗要件を備えることを要するとか、あるいは対抗要件のように定型化された仮象にかぎって94条2項の問題となるかという解釈をとればともかく、この点を比較的緩やかに解すべきものとすれば、第三者の無過失をも要件としてはじめてキメの細かい法的処理が可能になるものと解されるからである。

第三に、虚偽表示の当事者は一般的に言って同情に値しないことは確かであろうが、当事者が虚偽表示をした際の事情も具体的にさまざまであり得るし、さらに、虚偽表示の無効を主張することによって自己の利益が保全される者は、必ずしも虚偽表示当事者その人とはかぎらないのであるから、このような直接的もしくは間接的な関係者と第三者との間での利益の合理的調整という点からも、善意無過失を要求するのが妥当であるからである。

- (2) 第二説として、94条2項の類推適用の場合には第三者の保護要件として善意無過失を要求する見解がある（星野英一「昭45・9・22判批」法協89巻6号733頁、柚木馨ほか編『判例演習（民法総則）[増補版]』279頁以下〔奥田昌道〕（有斐閣、1973年）、川井健『不動産物権変動の公示と公信』（日本評論社、1990年）88・89頁、近江幸治『民法講義I民法総則〔第5版〕』（成文堂、2005年）172・180・181頁など）。この説に立脚する近江幸治教授は、本人と相手方との厳密な通謀性は前提とされず、本人の帰責性は希薄化するため外観を信頼したことにつき、過失のある者まで保護する必要はないこと、また、このことは、権利外観保護法理ないし表見法理

から当然に要求されることをその理由として挙げておられる（近江幸治・前掲書172・180・181頁）。

- (3) 第三説として、94条2項の場合については、本人が、故意に不実の外観を作出して世人の誤りを誘導したのであって、本人に不信行為をするような代理人を選任したという落ち度があるにとどまる110条の場合とは外観作出に対する本人の帰責の度合いを異にしている。そして、第三者がその職業、地位、年令、教養、経験、その他当該の具体的事情を前提にした場合に、何らの調査をしなくても虚偽表示であることに気づくべきであるのに気づかなかった場合（重過失ある場合）にまで保護する必要はないとする見解がある。この見解は、94条2項が類推適用される場合についても第三者の保護要件として善意無重過失を要求する（米倉明『債権譲渡—禁止特約の第三者効一』（学陽書房、1976年）200-210頁）。

この点、そもそも94条2項が類推適用（法意とすることは、主張・立証責任の配分が曖昧であり、組みし得ない。）されるのは、真実の権利者でない者に不動産の登記名義が存し、しかも、そのことについて通謀はないものの真実の権利者が一定の関与をしていた場合、あるいは、真実の権利者と不実の登記名義人が通謀して虚偽の外観を作出しているが、両当事者間で意思表示が行われたわけではない場合である。つまり、94条2項の本来的な適用場面ではない。そのため、本来94条2項が適用される場合よりも真実の権利者の帰責性は少なく、それゆえ、利益衡量上、第三者が保護される範囲が狭まることとなり、94条2項が類推適用される場合には常に第三者の善意のほか、に無過失をも要求すべきものと解する（学説の第二説に依拠する）。よって、本判決とは理由において異なるものの結論には賛成である。

* 本稿脱稿後、本件最高裁判決に関する、佐久間毅・NBL834号18頁、村中玲子・民研592号37頁、荒木新五・登情538号1頁、中山布紗・北九州34巻1・2号156頁、武川幸嗣・登情542号54頁（民商135巻2号407頁）、渡邊拓・判評576号6頁に接した。